

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ

**ACCIÓN DE TUTELA
Y TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO
DE FAMILIA**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

Maestría en Derecho de Familia

2012

ACCIÓN DE TUTELA Y TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA¹

Antonio Bohórquez Orduz²

Tabla de contenido

Prelusión	3
Capítulo I	
Creación judicial del derecho en la cultura occidental	5
Capítulo II	
La constitucionalización del derecho colombiano	13
Capítulo III	
Discusiones teóricas	29
Capítulo IV	
La constitucionalización del derecho familiar en Colombia....	42
4.1 En materia de unión marital de hecho, sociedad patrimonial y sociedad de hecho entre concubenarios.....	43
4.2 En cuestiones alimentarias	47
4.3 <i>En el régimen matrimonial</i>	48
4.4 <i>Parentesco</i>	50
Capítulo V	
La legitimidad de la creación judicial del derecho	51

¹ Material de lectura entregado a los estudiantes de la maestría en derecho de familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga -UNAB, en mayo de 2012.

² Esta ponencia en la USTA de Bucaramanga, en el V Congreso de Derecho Empresarial y Contractual, el 25 de octubre de 2018, y es producto de una investigación más profunda que sobre el tema realiza el autor.

Prelusión

La Constitución Política de 1991 puso en manos de los jueces colombianos un instrumento jurídico de una singular potencia, la acción de tutela, que transformó el derecho colombiano, no sólo en relación con los derechos fundamentales, sino en relación con todo lo atinente a la resolución de los conflictos cotidianos en todos los temas, en la medida en que ha calado hondo el propósito general del Derecho, uno entre muchos, pero de enorme importancia, de servir de instrumento para la resolución de los conflictos y, por ese camino, garantizar en mejor medida el derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido material y no meramente formal.

Bajo el liderazgo de la Corte Constitucional, fue precisamente en razón de la acción de tutela que surgieron nuevas soluciones para problemas que antaño se resolvían bajo el rigor de la norma, o incluso bajo su silencio, sin que el juez osara ir más allá del texto legal. La acción de tutela puso a pensar en otros ritmos y frecuencias, pues jueces y abogados pudimos vislumbrar, a la luz de principios y valores constitucionales, otras salidas a los conflictos, más cercanas de los ideales de justicia material efectiva, que se muestra como la tendencia más conforme con nuestro sistema jurídico actual.

La cotidianidad de la acción de tutela obligó a jueces y a abogados a comprender, rápidamente, que la Constitución Política era norma aplicable de manera inmediata en los conflictos sometidos a la composición de los juzgados; que no era ya una colección de ideales o de eslóganes de contenido político, para los cuales la ley daba todas las respuestas posibles, y que correspondían a anhelos de una sociedad que algún día serían alcanzados. Ello produjo dos resultados inefables, cambió la mentalidad de jueces y abogados, y cambió el Derecho. Así puede observarse el fenómeno de la irradiación constitucional en plena operatividad.

Uno de los aspectos más trascendentales del tema lo constituye la entronización de la teoría del precedente, con lo obvia posibilidad de que los jueces se han convertido en creadores del derecho, contra lo pregonado siempre desde el derecho decimonónico. Tal problema, que llamó a escándalo recién puesta en vigencia la Constitución Política, en lo atinente a sentencias de tutela y de constitucionalidad, hoy ha entrado en estado de pacífica aceptación. Pero en los demás temas, el asunto parece un poco más complejo, no obstante que, de labios para afuera, no hay teórico que se atreva a desconocer la fuerza normativa de principios y valores constitucionales.

Como los temas básicos de la acción de tutela fueron tratados en la ponencia anterior, en poder de los integrantes del grupo también, así como también lo fueron los entronques que en materia de derecho de familia tiene el instrumento constitucional, en esta oportunidad vamos a trabajar la incidencia que ha tenido en la transformación del derecho, especialmente el de familia, con el objeto de instar a nuestros estudiantes por la profundización en el tema.

Capítulo I

Creación judicial del derecho en la cultura occidental

Aún bajo las férreas reglas de un sistema codificado, como fuera el adoptado por Colombia, en seguimiento del llamado Derecho Continental Europeo, de origen básicamente francés, los jueces en sus providencias, especialmente los integrantes de Altas Cortes, han creado siempre normas de alcance general, tal como ha sucedido incluso en países en los que el ordenamiento ha puesto la regla según la cual les está prohibido hacerlo, como nada menos ocurrió en Francia, la cuna de los códigos, y en Colombia, que ha seguido religiosamente, durante mucho más de un siglo tales postulados y hoy todavía los mantiene vigentes en los artículos 17 del Código Civil y 48 de la Ley 153 de 1887. Tales artículos aparecen incólumes en nuestra legislación, pues ni han sido derogados, ni han sido trastocados por sentencia constitucional alguna.

Tales disposiciones lucen, ante los cánones de un jurista de la actualidad, como claramente contradictorias, pues no queda fácil entender cómo puede un juez obedecer al legislador y fallar todo conflicto que se le proponga, sin poder abstenerse de hacerlo ante el silencio o la oscuridad de la ley, si al mismo tiempo se le restringe la posibilidad de crear la norma necesaria para dirimir el conflicto en los casos en los que el sistema, en realidad no ofrece tal norma. ¿Qué hacer si en realidad no la hay? Para el jurista francés del siglo XIX no había contradicción, pues partían las normas napoleónicas del supuesto del principio de completitud de la ley escrita, el *Code* ofrecía todas las soluciones posibles; el juez no tenía otra tarea que encontrarlas, aún en los mismos silencios del legislador. Por ello, y ante el temor de que los jueces pudiesen continuar usando el poder político que implicaba fallar los juicios, los revolucionarios franceses decidieron restringir la posibilidad de que creasen normas, como en el cercano Medievo sucedía. En realidad había sucedido en toda la historia anterior de la humanidad.

No obstante, a pesar de tan flamante prohibición, puede decirse que los jueces no han tenido más salida que crear normas, contra el principio de completitud de la ley promulgada, dada la necesidad de resolver los conflictos sometidos a su composición, tarea en la cual también les está prohibido abstenerse de fallar.

Con la excepción del derecho anglosajón, que siempre ha sido predominantemente judicial, en la cultura jurídica occidental hemos transitado de un derecho con creación de tendencia primordialmente judicial, antes de la Revolución Francesa, a un derecho codificado durante la Modernidad, y, luego de la Segunda Gran Guerra, el derecho creado por los jueces ha vuelto por sus fueros, pero no puede decirse que sea predominante, pues hoy confluye con un sinnúmero de fuentes en esa tarea de ser fuente; pero, ciertamente, la judicial ha recobrado gran parte de su terreno, en especial en los tribunales constitucionales de la actualidad y en la protección de derechos fundamentales y, por ese camino, en la definición de conflictos del derecho de familia, antes inusuales, o por lo menos decididos con otro tipo de rigor, más pegado a la letra de la ley que a principios constitucionales de tan fuerte factura como los derechos fundamentales de los niños.

El predominio de la norma codificada no sólo fue de breve duración, si se compara con una historia de veintiséis siglos restantes, sino que durante ese lapso y a pesar de la prohibición, los jueces también crearon derecho, así fuese de cierto modo subrepticio. Así, en temas de derecho de familia o de sus afinidades, son notables las líneas jurisprudenciales sobre filiación extramatrimonial, sobre sociedad de hecho entre concubenarios, sobre protección de la mujer, todas de la Corte Suprema de Justicia, todas anteriores a la Constitución Política de 1991. Y después de la aparición de este texto normativo político, han cobrado mayor fuerza estas posturas y se han afinado, como puede verse en las líneas jurisprudenciales atinentes a estado civil, unión marital de hecho, protección de la mujer y de personas en situación de debilidad, por mencionar solamente temas afines al curso en el que nos hallamos. Si nos vamos a otros campos del derecho

privado, encontraremos numerosos casos de creación judicial del Derecho, unos anteriores a la actual Carta Política, como, por ejemplo, todo el abanico de reglas y subreglas que nos rigen en la temática de simulación en los contratos, incluida la subregla de que no es aplicable a los negocios del derecho de familia, o como los institutos que a nuestro derecho entronizó la famosa Corte Admirable de finales de los años treinta del siglo veinte.

La razón no es otra que la inconmensurable diversidad y la inigualable complejidad del género humano, que torna en un imposible el llevar a normas escritas y acabadas todos los posibles conflictos que se generan en la cotidianidad y para los cuales se espera que el Derecho tenga alguna respuesta. Entonces, como el Derecho escrito no la tiene, o la que ostenta es muy insatisfactoria para el sistema jurídico del momento, el cual, además, cambia permanentemente, y como, por añadidura, ese sistema exige al juez que tome una decisión siempre, pues también le prohíbe abstenerse de resolver, al funcionario no le queda camino distinto que el de hacer gala de creatividad e inventar la solución, la cual siempre será normativa, aún en los casos en que no lo parezca.

Surgen, entonces, numerosas objeciones frente a tal solución, razonables en gran nivel y a las cuales este trabajo hace referencia también en el capítulo siguiente.

Sin embargo, advertimos desde ahora, no vislumbramos solución distinta, pues las complejidades y diversidades del género humano tienen la particularidad de que tampoco son estáticas; todo lo contrario, tienen un extraordinario dinamismo que las hace impredecibles, inasibles por completo, y, por tanto, generalmente tienen un alto grado de imposibilidad en lo que hace relación a la tarea de prever esos comportamientos para encasillarlos en normas que sean útiles a la hora de resolver los conflictos. Ante tal panorama, no parece haber otra alternativa que la permitir que el juez complemente la norma en todos aquellos casos en que lo juzgue necesario, con todos los riesgos que tal cosa implica.

Con relativa facilidad puede demostrarse en el derecho nuestro, con la referencia a las líneas jurisprudenciales respectivas en muchos campos del derecho privado, no solamente en familia, que en Colombia no sólo la jurisdicción constitucional puede señalarse como artífice del derecho judicial que hoy rige en el país, sino que también desempeña ese papel en alto grado la jurisdicción ordinaria, en particular la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, aunque aún de manera tímida, pues casi siempre se ha tratado de una función no explícita, constante, pero lenta, y no siempre afortunada. De manera que en nuestro país el Derecho está compuesto no solamente por enunciados normativos que provienen del legislador, sino también de la jurisprudencia de las corporaciones judiciales, en convivencia con otro tipo de fuentes normativas, en un panorama variopinto, de una enorme riqueza y complejidad.

Las Altas Cortes colombianas siempre han participado en la creación de auténticas normas generales, como se vio, aún antes de la Constitución Política de 1991, aunque lo hayan hecho sin decirlo, o de manera no manifiesta, o incluso bajo la afirmación de que no lo hacen. “*No podemos sustituir al legislador*”³ es idea más o menos frecuente en las providencias, exteriorizada con diferentes expresiones que apuntan en tal sentido, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, incluso en providencias posteriores a la nueva Carta. Pero, a partir de la nueva normativa superior, la Corte Constitucional, lenta y gradualmente ha impulsado una tendencia, para sí misma y para las demás Cortes: la de realizar dicha labor con mayor explicitud y la de reconocer, cada vez más, que esa potestad de los falladores es indispensable para satisfacer los mismos fines del Estado.

Lo anterior significa, entonces, que la tarea de crear normas mediante los pronunciamientos judiciales, principalmente de las Altas Cortes, no solamente es una potestad que ellas tienen, sino que hace parte de sus deberes y, además, que en no pocos casos, si no lo hacen, bordean el riesgo de conculcar derechos

³ Sentencia de marzo 21 de 1995. Corte Suprema de Justicia. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

específicos de los justiciables y de socavar el mismo sistema jurídico que nos rige y no al revés, como se suele pregonar.

Como lo pregonara la Corte Constitucional en célebre sentencia:

“La Carta, en su artículo 113, establece que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.” Con fundamento en este mandato constitucional, la creación del derecho en nuestro sistema jurídico es una labor compartida en la cual participan diversos órganos estatales, que en el ejercicio de sus funciones están limitados por una serie de condicionamientos materiales. El texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo. A este respecto, la Corte Constitucional ha resaltado que el ordenamiento jurídico, y dentro tal la ley, tanto en sentido material como en sentido formal, requieren de la actividad del juez para darle sentido al ordenamiento jurídico:

*“Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. **Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es.** A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. (...)” (Resaltado fuera de texto) Sentencia C-083/95.*

Especificando la labor de colaboración armónica entre las ramas del poder en nuestro contexto actual, es necesario reconocer que el papel creador del juez en el Estado contemporáneo no se justifica exclusivamente por las limitaciones materiales de la actividad legislativa y el aumento de la complejidad social. Tiene una justificación adicional a partir de los aspectos teleológicos y normativos, sustanciales del Estado Social de Derecho. Esta ha sido la posición adoptada por esta Corporación desde sus inicios.”⁴

Ahora, en este ensayo no se trata simplemente, como pudiera pensarse de pronto, de enfatizar en la teoría del efecto vinculante del precedente, pues es frecuente que en este terreno muchos pensadores, partidarios incluso de la fuerza normativa del precedente, son sin embargo, impulsores de una idea aún vinculada con el positivismo normativista, pues conciben el precedente apenas como el resultado de la labor de interpretación jurisprudencial del derecho legislado o codificado.

⁴ Sentencia C-836 de 2001.

Es pertinente precisar entonces que, bajo las perspectivas que aquí queremos destacar, no sólo es precedente tal supuesto, que es legítimo y bien puede darse con frecuencia, sino también lo es aquél en el que el juez crea derecho a partir de la nada, por las más diversas razones, que casi siempre desembocan en el señalamiento, con razón, de posiciones inapropiadas de quienes redactaron las normas, o de silencios inadvertidos, injustificados e, incluso, inicuos, del mismo legislador. Bien se sabe que la tarea del legislador, aunque antaño se predicase respecto de ella la presunción de que el legislador es sabio, lo cierto es que se trata de una labor humana, siempre perfectible, siempre inacabada, pasible de sufrir los errores de toda obra en construcción permanente.

Ahora, en realidad, en todas las jurisdicciones en las que se divide el trabajo judicial colombiano ocurre este fenómeno de creación judicial del Derecho. En la constitucional está fuera de toda duda y las discusiones de otrora no afloran hoy, pues ya el país se acostumbró a que la Corte Constitucional crea Derecho, de manera explícita, y entendió que dicha labor es legítima, pues hace parte de su función de guardianía integral de la Constitución Política. En las demás jurisdicciones también ocurre, pero el fenómeno es esporádico y tímido, tal vez más marcado en el área civil que en las demás áreas, a pesar de lo dispuesto por el artículo 17 del Código Civil, aunque tal afirmación no puede darse de manera categórica, pues se trata más bien de una apreciación intuitiva.

Al observar la tarea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, parece sorprendente, pero se encuentra mayor actividad creativa antes de la Constitución Política de 1991 que después de ella, temas como abuso del derecho, simulación, error común, enriquecimiento injusto, etc., Como puede verse en tales líneas jurisprudenciales, se trata de un fenómeno muy anterior a la época de la transformación que sufriera el derecho colombiano con la Constitución de 1991. Bien podría afirmarse que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se adelantó a su tiempo en muchos temas que le exigieron pasar a una labor creativa del derecho, aun cuando en otros temas haya sostenido, aún hoy, posiciones

normativistas muy marcadas. Pero también aparecen creaciones posteriores, tanto en acciones de tutela como en procesos civiles comunes, como en los temas de unión marital de hecho, filiación extramatrimonial, protección de la mujer, etc.

En estos y en otros muchos casos, el observador puede encontrar a las Altas Cortes en una labor de confección de normas de carácter general que, como toda obra humana, es también perfectible. En tal sentido, no es raro ver que se construye una regla de carácter general, que algunos años después es necesario abandonar o variar, lo que evoca, de alguna manera, la labor abrogatoria o modificatoria que también el legislador debe emprender con sus normas, cada vez que circunstancias sociales especiales lo exigen. O cuando se quiere enmendar un error legislativo del pasado.

En este punto del ensayo, es importante precisar que el autor no adhiere ni a las críticas que califican a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como “normativista” ni tampoco a aquéllas que la acusan de invadir la órbita del legislador, al crear normas, aún sin proponérselo, contra el enunciado del artículo 17 del Código Civil. La razón es muy sencilla: hay conflictos que deben ser resueltos con apego a las normas, por motivaciones de corte garantista, y hay otros que exigen un esfuerzo de creatividad e, incluso, arrojo, de parte de la Sala para encontrar la solución concreta y apropiada. Tal situación no es más que consecuencia de la singular complejidad de los conflictos humanos. Desde luego, sin descontar que hay, como también se señaló, casos en los cuales la Corporación se equivoca, pues, al fin y al cabo se trata de una labor humana, necesariamente perfectible, para lo cual generalmente se precisa de un largo trayecto.

Pero este trabajo se propone, en esta última parte, no una mera tarea de verificación de una realidad jurídica como la descrita, sino también el aportar algunos elementos para la discusión que seguirá dándose, acerca de la legitimidad de la tarea, los fundamentos que el sistema jurídico brinda al juez y los

problemas que comporta, en especial en cuanto a objeciones se refiere, pues aunque suenen teóricas, son muy importantes en el reconocimiento de la legitimidad de la postura. Serán esbozos, más bien, antes que un estudio exhaustivo de tales tópicos, pues ellos serán objeto de estudios posteriores que, por ahora, superan con creces los propósitos de esta ponencia, hasta cierto punto restringida por los intereses específicos de los estudiantes de este curso.

De manera que las respuestas que van a ser aventuradas en los capítulos que siguen, corresponden a temas con los que esta sección del estudio tropezó y se sabía que podía tropezar, necesariamente, pero que podrían dar pie, y deben darlo, a nuevas y más fecundas investigaciones. Aquí se trata de esbozar algunas de las posibles objeciones, técnicas y problemas con las que el derecho de creación judicial se va a enfrentar en un cercano futuro, pero no de adentrarse en su estudio, pues rebasaría con amplitud las finalidades de orden académico con las que este proyecto fue concebido.

De toda suerte, se trata de temas afines que no podía dejar de lado esta investigación, aun cuando no fuera ese su problema central.

Capítulo II

La constitucionalización del derecho colombiano

En el sistema jurídico colombiano persiste la situación legislativa que consagrara el Código Civil francés de principios del siglo XIX, 1804, pues aún siguen vigentes tanto la regla que le prohíbe al juez elaborar normas que puedan luego tener un carácter general, no predispuestas por el órgano legislativo, como, al tiempo, la que le impone el deber de fallar cada caso sin que pueda dejar de hacerlo por insuficiencia, oscuridad o carencia de legislación.

Dentro de la misma familia jurídica del sistema continental europeo, otros sistemas avanzaron, en distintas épocas y de distinto modo, en el reconocimiento de la posibilidad efectiva y legítima, desde el punto de vista jurídico, de que los jueces acometiesen una labor creativa del derecho; la misma Francia⁵, y los casos bien especiales del Código Civil suizo⁶ y del Código Civil español⁷, son ejemplos del fenómeno con una enorme influencia. Ello otorgó un aliento indiscutible a la creación judicial del derecho, sin abandonar, en modo alguno, la idea de la predominancia del derecho legislado o codificado.

Pero el estado del Derecho de la actualidad no hubiese sido posible sin los aportes de tres grandes juristas, tres teóricos positivistas, bien alejados entre ellos,

⁵ GENY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. De Raimundo Saleilles, Madrid, Editorial Reus, 1925, pp. 235 ss.

⁶ El inciso segundo del artículo primero del Código Civil suizo consagra: “*A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.* » (En ausencia de una ley aplicable, el juez decidirá, de acuerdo con el derecho consuetudinario y, en ausencia de una costumbre, de acuerdo con las reglas que tendría que establecer si fuese un legislador). Se trata de una autorización abierta al juez, para crear normas.

⁷ “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”, reza la norma española. En el caso de España, la existencia de la citada norma no soluciona el problema pues un sector de la doctrina se inclina por afirmar que el artículo en cuestión está abolido tácitamente por la Constitución Política de 1978. Ese debate de los españoles rebasa los propósitos de este trabajo.

que confluyeron en la Alemania del periodo de entre guerras: Hans Kelsen, Karl Schmitt y Rudolf Smend.

Los aportes de Schmitt al derecho constitucional universal no pueden ignorarse, así sean polémicos y, sin dudarlo, por contraste, muchos de sus pareceres aportaron a la reflexión, aunque hoy su pensamiento no sea aceptable en varios de sus postulados y aunque los que sí pueden hoy aceptarse, resulten poco conocidos por el rechazo intuitivo que su nombre significa, debido a su lamentable papel en el momento político de entonces en Alemania. Fue él quien señaló que las normas constitucionales constituyen normas de compromiso entre sectores políticos heterogéneos⁸, indispensables para lograr consensos en la construcción de postulados constitucionales. Puso en la mira, más que ninguno antes que él, como el Derecho tiene indudables entronques políticos.

Este autor, apoyado en la Constitución de Weimar, reconoce las virtudes de la doctrina de la separación de los poderes como un poderoso mecanismo de pesos y contrapesos, esencial en la Constitución de un Estado de Derecho⁹. Reconoce que el derecho no está compuesto sólo por normas y, en franca referencia a la función judicial, señala que el derecho está constituido también por decisiones, camino por el cual no es posible desconocer el ingrediente político implícito en el cumplimiento de la función de juzgar, detalle que no resalta para defender, sino para fustigar.

En realidad, lo que eufemísticamente fue llamado el espíritu de la época pesó mucho en el pensamiento de Schmitt. La comprensión de sus textos, incluidos los anteriores a la toma del poder por los nazis, no puede separarse de su militancia en el partido nacional socialista. Si alguien toma fuera de ese contexto sus estudios en los cuales habla de la bondad de la separación de los poderes, de la inevitable incidencia del pensamiento político en las decisiones de los jueces, de

⁸ SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 68.

⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala, Reimpresión, México, D.F., Editora Nacional, 1966, p. 231.

los derechos fundamentales, pues pareciera que está hablando de nuestro tiempo, cuando en realidad su discurso, especialmente en *La defensa de la Constitución* es una diatriba contra los jueces que tengan influencia política distinta a la nacionalsocialista, si se lee entre líneas, pues los jueces nazis, simplemente, siguen el espíritu de su tiempo. De manera que no citan con fortuna a Schmitt algunos autores, cuando lo hacen para fustigar, precisamente, la función creadora del Derecho que este trabajo reconoce al juez.

Por su parte Smend, a pesar de ser poco conocido fuera de Alemania, ha influido en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, en todas las latitudes, aunque no se le mencione y aunque tampoco se le conozca; sin su aporte muchas normas constitucionales podrían haber resultado vacías de contenido, inaplicables en la práctica.

Rudolf Smend (1882-1975) es, probablemente, uno de los autores más incomprensidos en la teoría del derecho, pues su obra¹⁰ se adelantó demasiado en el tiempo¹¹. Hoy, sin embargo, son numerosos los escritores que reconocen influencia de su pensamiento e incluso reclaman ser sus continuadores.

Smend¹² concibe al Estado, y por supuesto al Derecho, como un fenómeno más bien social o cultural, que simplemente normativo, en el que se manifiestan no sólo las normas o los actos reconocidos como propiamente jurídicos, como las leyes, los actos administrativos y las sentencias, sino en el que aparecen todos los elementos que conforman la vida de una sociedad en particular, lo cual incluye las normas, pero también las expresiones culturales, los símbolos de la nacionalidad, las creencias, los valores.

¹⁰ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 287 pp.

¹¹ Publicada por primera vez en 1928.

¹² SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 287 pp.

Para Smend el Derecho no está constituido exclusivamente por normas; también está integrado por valores culturales que giran en derredor de símbolos como la bandera, el himno, el escudo, las fiestas patrias, que se viven con mayor intensidad que las mejores formulaciones racionales de las normas. Para Smend los derechos fundamentales constituían un sistema abierto de valores culturales de una sociedad y, por tanto, elemento capital en la integración del sistema jurídico de la misma. De allí que la Constitución Política no sea una simple y fría norma positiva, sino un receptáculo de esa riqueza de valores espirituales de una nación.

Smend se enfrentó en varios escritos, no sólo en su obra capital *Constitución y derecho constitucional*, a la escuela positivista cuyos métodos y técnicas de interpretación predominaban en la academia de su época. Influenciado por Heidegger¹³, sin duda, formula la conexión entre *ser* y *deber ser* y la necesidad de identificar el vínculo entre la realidad y el Derecho. En ese orden de ideas, como ya Jellinek¹⁴ lo había intuido, más bien tímidamente, con su teoría de la fuerza normativa de los hechos, existe un Derecho constitucional no escrito, como, por ejemplo, el principio de lealtad federal, al que, basándose en que era Derecho constitucional no escrito, dotó de fuerza normativa (y hasta hoy el Tribunal Constitucional alemán así lo reconoce, para lo cual remite a la obra de Smend). Se trata de una simbiosis entre una realidad cultural y una realidad jurídica, doctrina que ha tenido impacto decisivo, aunque sea "a ciegas", sobre otras jurisdicciones constitucionales en el mundo, pues para dotar de contenido las ambiguas normas constitucionales han debido echar mano, precisamente, de conceptos culturales en cada país. La teoría de la integración que Smend construyó durante la República de Weimar en su obra *Constitución y Derecho constitucional* está en línea de continuidad, como antecedente necesario, de la tarea que los tribunales constitucionales han venido cumpliendo, incluida la Corte Constitucional de

¹³ No se conocen evidencias de que Smend, como Heidegger y Schmitt, hubiese militado en el nacionalsocialismo. En este sentido, la acusación de Kelsen es infundada.

¹⁴ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. Segunda reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, 674 pp.

Colombia, en el entendimiento de principios constitucionales cuando se trata de resolver casos concretos, como los del derecho de amparo –acción de tutela, en Colombia- recogidos en textos de notable indeterminación.

El juez¹⁵, como funcionario del Estado que es, tiene una función que va más allá de “*dominar la técnica del recurso procesal, del contrato administrativo, o simplemente, en despachar los expedientes que se le encargan*”. Al cumplir su función, estima Smend, los jueces (y en general los funcionarios públicos en la suya), materializan un contenido espiritual específico que influye en ellos. Para ello han sido formados y orientados de tiempo atrás, por todo un movimiento cultural que subyace a las instrucciones que reciben sobre la aplicación de normas.

Ha sido precisamente con apoyo en la teoría de Smend que el Tribunal Constitucional alemán encontró el camino para evitar que las normas constitucionales fuesen vaciadas de contenido, especialmente en cuanto a derechos fundamentales se refiere, pues en este campo, las normas superiores se hallan fundadas en los valores que la sociedad reconoce. Numerosas sentencias de dicho Tribunal se hallan enriquecidas por el concepto smendiano, aun cuando no lo citen expresamente, como pasa en el famoso caso Lüth¹⁶, en el que tal vez, por primera vez este Tribunal resolvió un caso civil con fundamento en normas constitucionales. De otra manera, es decir, con un análisis simplemente formal de las normas constitucionales, derechos tan ambiguos como el libre desarrollo de la personalidad, habrían sido inútilmente puestos en la norma superior. La resonancia que el planteamiento teórico ha tenido en los tribunales constitucionales del mundo, entre ellos el colombiano, es tan notoria y tan abundante, que sorprende que sea poco conocida.

¹⁵ SMEND, op. cit. pp. 75-76.

¹⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra*. Universidad Complutense de Madrid. Publicado en: http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf

Y de Kelsen puede señalarse que sus doctrinas constituyen fundamento indispensable de notables corrientes doctrinales actuales, que no podrían subsistir sin su concepto de sistema normativo jerárquico, que se auto reconocen como positivistas, aunque con diferentes apelativos que denotan los matices que las diferencian, como *positivismo incluyente*, *positivismo axiológico*, e incluso, *positivismo normativista*. Quienes plantean que Kelsen sostenía que el Derecho sólo estaba constituido por los enunciados emitidos por el órgano legislativo, ciertamente no conocen el pensamiento kelseniano, pues jamás expresó tal parecer, en la medida en que para Kelsen no sólo las leyes y las constituciones eran normas, sino que también lo eran los actos administrativos, las sentencias e incluso muchos actos de los particulares, como los reglamentos y los contratos. Como lo ha demostrado Paulson¹⁷, tampoco era partidario Kelsen de una separación absoluta entre el derecho y la moral. Planteaba más bien una vía intermedia, en la cual el derecho, al momento de producirse la norma (incluida la sentencia), incorporaba en ella elementos morales, los que pasaban a ser derecho. “El derecho se asemeja al rey Midas”, decía, convierte en derecho todo cuanto toca¹⁸.

Estos tres juristas aportaron grandes dosis de cuanto es el derecho de la actualidad, de tal manera que todas las tendencias acusan influencia en algún punto de los tres. Pero no se crea que esta sea una historia lineal, sin altibajos, pues los hay y bastante dramáticos, como que los tres tuvieron graves enfrentamientos en defensa de sus teorías, Kelsen fue vituperado en su época y se vio obligado a buscar refugio fuera de Alemania. Rudolf Smend (1882-1975), por su parte, recibió implacables críticas del mismo Kelsen, quien dedicó un libro a fustigar su teoría de la integración, respecto del cual Smend jamás le contestó siquiera un renglón. Carl Schmitt, a su vez, triunfante transitorio en la disputa, de bien poco le sirvió, pues su afiliación al partido nacional socialista y sus defensas

¹⁷ PAULSON, Stanley L. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Traducción del alemán de Luis Villar Borda. N° 17, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, 193 pp.

¹⁸ KELSEN, op. cit., p. 284.

ardorosas del nazismo le han granjeado la derrota de la historia, a pesar de sus contribuciones al estudio del derecho constitucional y, en especial, vaya paradoja, de los derechos fundamentales.

Pero, sin duda, el reconocimiento del carácter necesariamente político que reviste el Derecho y, en particular, la decisión judicial, de un lado (Schmitt), y de otro, la caracterización como norma dada a la sentencia por Hans Kelsen y, sumado a estos dos factores, la vía mostrada por Smend para llenar de contenido las disposiciones indefinidas de la Constitución, son enfoques que hacen de los tres pensadores citados bastiones indispensables al Derecho de hoy, en particular con la creación judicial del Derecho, así éste haya evolucionado con unos alcances que ellos no imaginaron y así no estemos hoy de acuerdo con algunos apartes de su vasto pensamiento.

Pero en Colombia la batalla más ardua y decisiva por el reconocimiento del derecho judicialmente creado ha sido dada desde los propios pronunciamientos de las Cortes, que se han abierto paso para legitimar esta tarea, primero de manera no explícita, mediante la creación de institutos jurídicos que se apoyan en la normativa existente, así fuere por extensión un tanto forzada, y luego mediante la adopción de normas nuevas, antes desconocidas para la comunidad en la que se van a aplicar, pero indispensables para resolver conflictos no imaginados por el legislativo. La indiscutible necesidad de proteger derechos fundamentales, y la de brindar garantías a las minorías de personas situadas en condiciones de debilidad manifiesta, impulsan la creatividad de los jueces, tanto en juicios de tutela constitucional como en juicios comunes.

La cuestión de si el juez crea derecho y si se halla legitimado para hacerlo, por supuesto, puede ser escudriñada en todas las especialidades jurisdiccionales y en todos los ámbitos; pero hay algunos de ellos en los que la controversia puede resultar hoy casi superflua, como en el constitucional, puesto que desde años atrás el punto pasó de estar en el centro de arduas discusiones a un estado de

aceptación prácticamente pacífico en la actualidad ya que, bien fuere por razones políticas, bien por razones jurídicas, todos los ámbitos del país jurídico terminaron por aceptar el hecho como una realidad inatajable.

Por razones prácticas era necesario restringir este ensayo, por lo cual este trabajo se orientó hacia los conflictos de derecho de familia y hacia procesos de tutela, especialmente a aquellos que tienen que ver con temas de derecho de familia, para responder a las expectativas de los estudiantes de este curso.

El derecho de familia, como el contractual está en la base de los sistemas jurídicos de Occidente, fueren o no codificados. Y sus conflictos son vitales a la sociedad, pues una buena composición de los mismos, en el ámbito que fuere, puede precaver innumerables conflictos de otra índole, en especial, en lo atinente a prestaciones dinerarias, tales como alimentos, prestaciones mutuas, tópicos en los cuales pocos juristas se detienen, pues no perciben que tales rubros constituyen, mucho más que la discusión conceptual, el verdadero objeto del interés de los contrincantes, pues éstos, personas del común, rara vez abogados, una vez finiquitado el pleito con una sentencia, no suelen preguntar acerca de si tal o cual teoría fue la exitosa, sino acerca del monto en dinero efectivo que signifique la sentencia, sea en un sentido o en otro, así como de las consecuencias concretas que la determinación del juez trae consigo, en cuanto a bienes, dineros, devoluciones, y otros rubros similares, que parecen de poca alcurnia, pero que, en realidad, son los vitales para las partes, pues de ellos depende en ocasiones su futuro o su ruina, y por ello no pueden ser descuidados, ni siquiera desde los aspectos teóricos, puesto que los propósitos de la justicia no deben ser tomados como asuntos abstractos, desligados de la vida cotidiana.

Ocorre que en materia de conflictos patrimoniales de derecho de familia, como en los contractuales y, particularmente, atinentes a prestaciones mutuas, pareciera que las normas estatuidas preexistentes en los códigos contemplasen todos estos renglones y solucionasen todas las posibles hipótesis que en los casos puedan

presentarse. Pero tal estado de completitud es sólo aparente. En realidad, si se hace una confrontación entre las normas y las prestaciones que suelen estipular las partes en los casos concretos, así como frente al objetivo de restablecer a los contratantes enfrentados a un estado de equilibrio patrimonial, el ejercicio revela que hay muchos detalles que el conflicto ofrece y que el legislador no los imaginó ni siquiera para determinar una norma de cierre que pueda ser útil.

Ahora, ha quedado demostrado que no parece plausible solución, frente a tales omisiones del legislador, que el juez pase a ignorar el punto en su sentencia, so pretexto de no invadir la órbita de competencia del órgano democrático, pues tal pasividad conduce a que el juez termine por crear una norma implícita equivocada, como en los casos que por un tiempo armaron una línea jurisprudencial atinente a la irretroactividad de la Ley 54 de 1990, en el que la Corte Suprema de Justicia termina por crear una norma que luego hubo de recoger pues obviamente privaba a una de las partes de un reconocimiento justo, con lo cual, de paso, el juez se lleva de calle varios principios constitucionales, tan caros a nuestro sistema como el del orden económico justo, el de justicia material efectiva y el de acceso a la administración de justicia. En tal caso la Corte misma enderezó el sendero con la creación de una nueva regla, sin la intervención del legislativo, según la cual la mencionada ley tiene efectos retrospectivos. Es muy probable que el proceso continúe, que las reglas derivadas que ha construido la Corte, por ejemplo en torno de los requisitos para el reconocimiento, que en la ley son en realidad requisitos para la presunción, deban ser morigeradas o cambiadas para dar paso a nuevas reglas o a la aplicación precisa de la ley. Se puede decir que el punto es impredecible.

Y no sobra señalar cómo a veces la eventual vulneración de principios constitucionales puede darse por la negativa del Alto Tribunal a crear una regla nueva que se precisa en algún punto, como por algún tiempo ocurrió con el problema de si la unión marital de hecho constituía o no un estado civil de las personas, norma que hoy la Corte aplica sin ambages, creada por ella misma. Con

el tiempo, si el silencio del legislador se mantiene, probablemente va a ocurrir otro tanto con los problemas jurídicos que la justicia deberá resolver en torno de las parejas del mismo sexo, que de hecho ya está ocurriendo, pues ya hay pronunciamientos en torno de temas como pensiones, salud, etc., aunque aún el país sigue a la espera de que el Congreso responda el exhorto de la Corte Constitucional.

Es evidente que en las sentencias de las Altas Cortes colombianas, aparecen con frecuencia reglas nuevas, es decir, creadas por la propia Corte, no previamente contenidas en ley, ni decreto, ni código, ni estatuto alguno. El fenómeno fue inusitado en acciones de tutela, a tal punto que en no pocas ocasiones las sentencias de la Corte Constitucional han sido objeto de crítica, precisamente porque se les califica de “activistas”, con la consabida protesta por el “gobierno de los jueces”, precisamente porque en la solución de un caso concreto debió crear una norma antes inexistente, con lo cual, además, se le acusa también de invadir la órbita de competencia de los demás poderes.

Llegados a este punto, no puede dejarse pasar tres observaciones importantes, aunque en otro momento de este mismo trabajo las hemos hecho: la primera, que la tarea de crear normas para resolver casos concretos, a la que se ve avocada una Corte, e incluso un tribunal o un juez, no tiene en la actualidad la arbitrariedad que podría predicarse de igual tarea en otras épocas de la humanidad, como en el Medievo o en la Edad Antigua, pues hoy responde a un sistema jerarquizado de principios, valores y normas que son propios de cada Nación.

En segundo lugar, y por esa razón, no puede el juez desconocer el sistema escrito, *per se*, a menos que pueda argumentar su determinación con fundamento en principios superiores. No cabe duda de que la tarea de los jueces, en especial de las Altas Cortes en este sentido se halla justificada en todos los casos en los cuales la normativa vigente acusa problemas de insuficiencia, incoherencias, oscuridad, errores, lagunas y vacíos, anomia, conflictos entre normas, absurdez

de la disposición, ambigüedad de la norma, excepciones de ilegalidad y de inconstitucionalidad y muchas otras falencias. Pero no por ello puede pasarse al supuesto de que siempre el legislador se equivoca, con lo cual, como es frecuente verlo, se cae en el error de creer que la Constitución Política lo soluciona todo, que las leyes son despreciables, por su condición inferior y se pasa a ignorarla olímpicamente, lo cual jamás tiene justificación plausible.

Y, en tercer lugar, no se trata de una labor infalible, ni puede alguien predicar tal cosa, o pretenderla siquiera. Aunque, desde luego, en los términos de Robert Alexy se trata de una tarea que pretende ser correcta, no cabe duda de que por ser una labor humana se halla sometida también al riesgo del error y la incoherencia, lo cual implica el deber de revisión continua por parte de todo el sistema. De modo alguno puede caerse en un error que podría ser peor, en el sentido de que se asume la potestad como exenta de equivocaciones, lo cual obviamente no es así, como puede constatare con un análisis crítico de numerosas líneas jurisprudenciales de cualesquiera de nuestras Cortes.

La labor creadora de la cual estamos hablando se presenta con una mayor amplitud, en todos los niveles de la jurisdicción, en las acciones de tutela, por la sencilla razón de que en este tipo de actuaciones el juez debe hacer actuar principios, que no otra cosa son las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales, según ha demostrado Robert Alexy¹⁹, por lo cual, como tales normas son siempre indefinidas, abiertas, es preciso, para llenarlas de contenido, construir las normas implícitas o adscritas al principio, dado que de la norma superior no se desprende con precisión la regla aplicable a casos concretos. Así, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, o el mismo derecho a la igualdad, por sí mismos, en su mera literalidad no conducen a nada, puesto que de ellos nos se deduce la regla concreta que solucione en la práctica el problema

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tercera reimpresión. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 607 pp.

de saber si una autoridad obró de manera legítima al sancionar una conducta o restringirla.

Pero las Cortes, con frecuencia, se niegan a reconocer expresamente que hayan creado la norma, puesto que, más bien, la justificación de la conducta judicial asumida en las sentencias en que tal cosa sucede apunta más a demostrar que tales reglas, o conclusiones, se derivan de normas precedentes o estatuidas previamente, como una derivación lógica de las mismas, por aplicación de reglas tales como *a fortiori*, *a contrario sensu*, etc., aunque el planteamiento no sea muy exacto, pues cuando el jurista acude a la norma, con sentido crítico, se encuentra con que de ella no se deriva, a veces ni remotamente, la conclusión expuesta por la Corte, sin que por ello la conclusión sea calificable de arbitraria.

Así mismo, hay eventos en los cuales las Cortes no crean derechos sino que se atienen al derecho ya creado por el órgano legislativo, bajo razones garantistas, completamente plausibles. Pero también hay otras situaciones en las cuales, como también se señaló, la Corte debería hacerlo, pues el resultado del juicio emitido en el caso no satisface las exigencias del sistema jurídico colombiano actual²⁰, sin duda transformado por la Constitución Política de 1991.

Este ensayo intenta mostrar cómo el imperio de la ley al que está sometido el juez (Constitución Política, artículo 130) no tiene la rigidez que se le atribuye si se armoniza con otros principios y valores constitucionales, tan válidos y tan imperativos para el juez como aquél, tales como “*la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz*” (preámbulo), “*la dignidad humana*”, “*la solidaridad*” (artículo 1), “*la prosperidad general, la garantía de los derechos, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*” (artículo 2) y la protección de los derechos fundamentales. Tales principios, precisamente por

²⁰ No sobra recordar en este punto el pensamiento de la Suprema Corte norteamericana, “*no olvidemos que es un sistema lo que estamos interpretando*” y no una simple norma aislada. (1819, McCulloch v. Maryland).

su carácter de tales, actúan en cada caso concreto, si el juez tiene la formación adecuada, para conseguir la mejor respuesta posible al conflicto.

Como el juez actúa en nombre del Estado, precisamente, los fines de éste no le pueden ser ajenos al tomar decisiones. Y mucho menos los valores y principios contruidos por nuestra cultura y plasmados en normas superiores de carácter político, como las constitucionales. Tampoco puede ignorar el juez, ni las normas del factor legislado de nuestro sistema, de gran significación política también, ni las directrices que surgen de las líneas jurisprudenciales. No se trataba, tampoco, de indicar en este trabajo cuántas y cuáles son las fuentes del Derecho, que se perciben como inabarcables, pero sí mostrar que el juez ha de adiestrarse en el ejercicio de una necesaria ponderación de tales fines, principios, directrices, valores y reglas, pues todas las piezas conforman el sistema y, sin duda, en el caso colombiano, comportan una enorme transformación de la función judicial, tanto en el despacho de las acciones de tutela, como en el de los demás juicios que se someten a su composición.

Los jueces de hoy actúan bajo la premisa de la constitucionalización del Derecho. En el mundo entero, los jueces y tribunales usan hoy principios tales como el de proporcionalidad, con sus test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto; también el principio de ponderación, el principio de la fuerza normativa de la constitución, el principio de la unidad de la constitución, el test de igualdad, el test de razonabilidad, y otros, cuya explicación no es el propósito de este trabajo.

Y aunque pareciera que los jueces de hoy usan tales principios sólo en los conflictos constitucionales, cada vez está más claro que dichos principios han de tener aplicación en todo tipo de conflictos, como los de derecho privado, entre los cuales tiene lugar descollante el tema de los conflictos en materia de derecho de familia, pues no sólo es un tema sensible hacia los derechos fundamentales de las personas, sino que también es un terreno en el cual hay normas rígidas, algunas

muy vetustas, y hay también grandes vacíos que las relaciones interpersonales de la actualidad han significado para el derecho.

El juez de hoy se encuentra con que las normas comunes se hallan, cada vez más claramente, bajo el influjo directo de las normas constitucionales. Y, por ese camino, ocurre que las normas legales, en particular las de derecho privado, llevadas al ámbito normativo actual, también resultan, como las constitucionales, altamente indeterminadas, abstractas, abiertas, con contenidos políticos, filosóficos, morales, con su carga ideológica, etc., con lo cual los métodos tradicionales de interpretación de las leyes resultan insuficientes pues van cayendo cada vez más en la obsolescencia, incluidos recientes descubrimientos de los teóricos del Derecho.

Así, por no ir demasiado lejos, la característica que se suele atribuir a las reglas legales, de ser simplemente reglas que se aplican o no se aplican (todo o nada), al contrario de los principios, respecto de los que se ha de buscar la más plausible optimización, realmente no es absoluta. Ni mucho menos la consecuencia normativa que de allí se extrae, según la cual las reglas se aplican mediante la técnica simple de la subsunción, en tanto los principios requieren, las más de las veces, de la técnica de la ponderación, dado que en el terreno de los principios es frecuente que el funcionario se encuentre con que en un caso confluyen varios principios en pugna.

Si las normas (no los textos) constitucionales han irradiado a las normas legales, como dice el Tribunal Constitucional alemán²¹, dada la superioridad jerárquica de aquéllas, no hay manera de evitar que ahora las normas legales exijan nuevos métodos, técnicas y reglas de interpretación, encaminados, más que a la intelección del texto, a la concreción de la norma adscrita y a la definición de la

²¹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid, Cívitas, 1995. 88 pp.

norma individual que soluciona el caso concreto, siempre en busca de materializar los fines del Estado constitucional.

En consecuencia, los jueces de hoy se enfrentan a normas legales que tienen una mayor indeterminación de la que ya de sus simples textos se apreciaba, pues las normas constitucionales las han impregnado de tal característica en un nivel mucho mayor. Y, en ese orden de ideas, los viejos métodos de interpretación de la ley, si bien pueden guardar alguna utilidad en relación con normas de sentido unívoco, como las relacionadas con formalidades, términos, cantidades, límites, sanciones, etc., también resultan insuficientes como herramientas para la interpretación de las normas legales actuales. Y, entonces, los instrumentos que los teóricos de la argumentación han descubierto para la interpretación de las normas constitucionales han venido ganando terreno y lo seguirán haciendo, pues con mayor frecuencia habrá que hacerlos operar también frente a las viejas normas de jerarquía legal, las cuales, a medida que más se alejan de la época en la cual fueron creadas, mayor se hace su indeterminación y su incompletitud.

Las tendencias neoconstitucionalistas²² del Derecho de la actualidad han avanzado espacios en los sistemas jurídicos del mundo occidental y se han instalado para siempre. Una de sus conquistas es la de pregonar una técnica hermenéutica particular para el manejo de la Constitución Política, distinta de los métodos tradicionales para la interpretación de las normas, que otrora sólo se referían a las legales, dado que las constitucionales tenían escasa aplicación directa. Ahora hay que reconocer, que si la Constitución Política irradia a todo el sistema jurídico, ello necesariamente transforma también la interpretación de la ley, pues en ella también se van a encontrar normas indeterminadas y, en consecuencia, el intérprete debe echar mano de las técnicas de interpretación constitucional para interpretar la ley. Tal es el sentido auténtico de la llamada constitucionalización del derecho común.

²² Aunque la referencia no sea muy precisa, nos referimos a diversas escuelas, como el positivismo incluyente, el positivismo axiológico, el positivismo realista, el postpositivismo, etc.

Tal es la tendencia actual, que se puede detectar *in crescendo* después de la Segunda Guerra Mundial. De suerte que cada vez será mayor la invocación de principios generales del derecho que ningún texto legal formula, dentro del proceso judicial, y el reconocimiento de los mismos por parte de los jueces y de las Altas Cortes²³.

En el derecho colombiano, si el artículo 230 de la Constitución Política se tomase fuera de su contexto y de manera aislada, un observador desprevenido podría concluir que nuestro sistema jurídico sigue anclado en el siglo XIX y que en Colombia se estatuyó que todo el Derecho se halla contenido en la ley escrita. Pero la Corte Constitucional ha clarificado el punto, de una parte porque no tiene problema advertir que en la expresión “ley” debe entenderse comprendida la “ley de leyes” y, de otra, porque en una lectura panorámica de las normas constitucionales se encuentran numerosos principios complementarios que orientan la labor del juez. La Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad, tales como la C 104 de 1993, C 131 de 1993, la C 83 de 1995, la C 244A de 1996 y la C 557 de 2001 ha clarificado el punto.

Pero el problema de si el juez puede o no crear enunciados normativos sigue siendo tema de discusión, especialmente en los estrados judiciales, ya que continuamente se reprocha a las cortes la supuesta o real impropiedad de haber invadido la órbita del legislador. Y como el artículo 17 del Código Civil no parece, al rompe, contrario a norma constitucional alguna, al menos textualmente, aún no se ha dimensionado bien que con fundamento en nuestra Constitución Política en Colombia es posible predicar que se produjo un cambio trascendental en materia de fuentes. En materias constitucionales el punto ya luce pacífico, como ya atrás se señaló, tras años de jurisprudencia constitucional creativa, en la que, además, ha ganado fuerza la aplicación del efecto vinculante del precedente; en los demás

²³ PERELMAN, op. cit., p. 100 y ss.

temas, de derecho común, ha ocurrido un fenómeno similar, aunque menos descollante, y la tendencia es cada vez más clara en ese sentido.

Pero el estudio del problema no puede parar ahí, solucionado de un plumazo, como parece entenderse con la expedición de la Ley 1395 de 2010, artículo 114, que ordena a las autoridades administrativas obedecer al precedente, aunque señala temas muy específicos en los que tal cosa debe ocurrir. Ahora el punto será el de saber cómo construye el juez ese precedente y si, al hacerlo, se halla legitimado para elaborar una norma y en qué casos, o se trata, simplemente, de la aplicación del sistema normativo.

Capítulo III

Discusiones teóricas

En todos los tiempos, la humanidad ha padecido de amenazas y hollamientos a las libertades, que se han puesto más visibles con la aparición de las Cartas de Derechos, pues al explicitarlos, las violaciones se hacen ostensibles, con la ganancia para los pueblos de que tales Cartas se erigen como la esperanza más firme de los individuos en la búsqueda de protección. Y, en seguimiento del sueño liberal del siglo XIX, cuya vigencia no puede estimarse superada, aún se considera que la mejor garantía de las libertades constitucionales sigue siendo la ley, de tal suerte que la tarea del legislador se presume desarrollo de la norma superior y, por tanto, no puede despreciarse.

Ahora el soberano es el pueblo, pero este soberano no tiene la función de juzgar, pues ni siquiera interviene en la designación de quienes detentan el poder jurisdiccional y resulta impensable que las decisiones judiciales pudieren ser sometidas al escrutinio de un debate popular mediante el voto de los ciudadanos. Igual se teme a la injerencia del poder judicial en las tareas de los demás poderes y se vitupera tanto al “*gobierno de los jueces*” como al “*juez activista*”, expresiones acuñadas, junto a otras, para combatir esta invasión. Se ha erigido la separación de poderes como la garantía de garantías de las libertades constitucionales.

El legado de la Revolución Liberal enseña que debe evitarse la concentración desmedida de poderes en una sola autoridad, que la dispersión y el equilibrio significan buena salud de una sociedad, en un juego de pesos y contrapesos de tinte político, pero al que el poder judicial no puede ser ajeno, pues incluso puede convertirse en objetivo de codicia política, extremo que debe evitarse a toda costa, puesto que con él puede comenzar o consolidarse el declive de una nación.

Hoy por hoy, los jueces, en ese panorama, se constituyen en guardianes de las promesas que la sociedad se ha hecho a sí misma, tanto en la Constitución Política como en las leyes; pero su principal misión es la de atender el imperativo

de defender la Carta, incluso contra los embates de la misma ley, pues aunque se supone que la ley desarrolla a la Constitución, no siempre ocurre así y el juez ha de estar atento a obstaculizar toda mutación y toda modificación que atente contra la norma de normas.

A continuación presentaremos, de manera sucinta, las controversias que la creación judicial del derecho despierta, con la alusión a las más importantes objeciones que esa tarea despierta en los teóricos del derecho, y con la aventura de unas respuestas muy modestas a tales planteamientos, pero que es necesario hacerlas, puesto que ni jueces ni abogados pueden darse el lujo de ignorar las discusiones que en la academia surgen sobre la manera como se resuelven los conflictos en la práctica. Veamos:

3.1 La objeción contra mayoritaria

El sistema de división de poderes ideado por Montesquieu²⁴, que aún se mantiene en nuestros días, con diversos matices, implica que el poder legislativo es el único encargado de crear las normas, mientras el judicial se limita a juzgar con base en ellas; de tal suerte que, ni siquiera en los casos en los cuales la norma resulte problemática, podría el juez crear la que le parezca conveniente para la justicia del caso, pues carece de potestad legisladora. La faena del juez, con relación a las normas, no puede pasar de un procedimiento de subsunción; y si en esa labor surge alguna vicisitud o dificultad, la misma ley ofrece las herramientas para solucionarla. Así lo estimaron los legisladores del siglo XIX que llegaron a plasmar en las normas los mecanismos internos de la ley para solucionar vacíos y conflictos de normas, tales como el de la analogía, el de la ley posterior, el de la ley especial, etc.

Mucho más, si en un tema determinado existiere pronunciamiento legislativo, a tal punto que pueda decirse que se halla completamente regulado, en modo alguno

²⁴ MONTESQUIEU, op. cit., p

podría aceptarse que el juez esté autorizado para construir enunciados normativos, pues no tiene la representación del pueblo que sí tiene el legislativo, compuesto por personas elegidas por vía democrática, precisamente para representar los intereses de los electores. El juez, desde ese punto de vista, no se halla legitimado políticamente para enmendar, en sentido alguno, las disposiciones de quienes sí representan al pueblo en el Parlamento.

Hasta aquí la objeción contra mayoritaria. Pero contra ella puede señalarse que el juez no representa intereses de ningún sector político de la sociedad, ni tampoco se halla compelido por una norma en particular. El juez representa a un sistema jurídico, compuesto por un sin número de piezas y enunciados normativos, no exclusivamente por la ley. Y, en ese orden de ideas, el juez tiene la obligación primordial de atender las normas superiores, y, al hacerlo, tiene la obligación constitucional de proteger a las minorías, a los menores, a los sectores de la población tradicionalmente sojuzgados por su condición de raza, sexo, religión u origen. Igualmente está compelido a brindar protección a otras personas que han sido puestas en condiciones especiales de vulnerabilidad, las que las hacen dignas de especial protección. El juez, aunque suene folletinesco, representa los intereses de la comunidad y no de alguien, en particular, y con ello ha de velar por los derechos fundamentales de todas las personas que por alguna circunstancia se hallen bajo su jurisdicción en espera de la composición de algún litigio.

Ahora, también el sistema jurídico ha puesto bajo la garantía del juez ciertos intereses públicos o sociales, por los que le está dado velar, amén de que también se halla entre sus deberes el de hacer efectivos los principios constitucionales de justicia y equidad, que no siempre resultan garantizados por decisiones mayoritarias, pues la regla mayoritaria es, por definición, la derrota de la minoría. Así que, aunque se presume que la ley desarrolla a la Constitución Política, cuando así no sea, el juez es el único bastión con que cuentan los preteridos por el sistema legislativo para obtener cumplida justicia.

De otro lado, como el legislador no puede preverlo todo, pues no cuenta con una esfera de cristal mágica que le permita predecir el futuro sin equivocaciones, obviamente ha de basarse, más bien, en el pasado y en las cosas que conoce. Así, entonces, a medida que la humanidad avanza en desarrollos científicos, en relaciones sociales y familiares nuevas, en la complejidad de sus interacciones, el juez, que no representa una norma, se insiste, sino un sistema, en el cual aparecen no sólo normas sino también principios y valores, muchos de ellos de carácter superior, no hay otra autoridad del Estado, diferente del juez, a quien se pueda confiar la tarea de concatenar el sistema para atender la composición de los conflictos, con la respuesta más correcta posible, para hallar la cual no siempre bastan las normas, dado que ellas, a la zaga de la historia siempre, no pueden contemplarlo todo.

De manera que, aunque hay sistemas en los cuales algunos jueces son elegidos popularmente, parece preferible desligar al juez de los avatares propios de una elección popular, y de la necesaria conexión con los partidos políticos, con el fin de garantizar mejor su independencia, pues esta característica en una organización judicial es la mejor muestra de madurez de un sistema jurídico.

3.2 La objeción de la inseguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es también herencia decimonónica. Se presume que la ley garantiza la libertad, en cuanto otorga certeza a los asociados, con anterioridad, de cuáles serán las reglas que les serán aplicables, en caso de juicio por sus conductas. De ese pensamiento resulta la famosa frase del general Santander, un revolucionario liberal nuestro, para quien *“las armas os han dado independencia, las leyes os darán libertad”*²⁵, que se puede identificar como el sueño liberal respecto de la ley, que no es otra que la misma idea que ya expresaran Montesquieu y el propio Napoleón. Los pueblos, tras centurias de

²⁵ Tal es el texto que aparece en el frontispicio del Palacio de Justicia de Bogotá, sede de las Altas Cortes.

sojuzgamiento, apreciaban la libertad como un don más valioso que cualquiera otro de los derechos del hombre.

Si el juez puede crear una norma, ella no será previa a la conducta y el ciudadano no tuvo oportunidad de conocerla antes, para prever los resultados de un eventual juicio en su contra. Esta ausencia de firmeza en saber cuáles son las reglas que disciplinan la vida entre los miembros de una comunidad traería, a su vez, grave indefinición de las situaciones y de las relaciones jurídicas, con desmedro de la misma vida en comunidad. He ahí la objeción.

Esta objeción ha pasado un poco a la historia, podría decirse, puesto que hoy no existe un derecho de origen judicial exclusivamente. En la cultura jurídica occidental todos los sistemas jurídicos más conocidos están conformados a partir de un conjunto de piezas que ni siquiera es finito. De manera que el juez opera dentro de ese sistema y sus decisiones no pueden desconocerlo en conjunto, de modo alguno. Si llegare a descartar el uso de una pieza, en particular, lo hace en aras del sistema mismo. De otro lado, hoy es innegable que el Derecho ha de moverse entre dos tensiones que le impelen a valorar o bien la seguridad jurídica, o bien el avance hacia la consecución de unas finalidades públicas o sociales. Así que el juez debe sopesar los dos valores y, eventualmente, sacrificar alguno de los dos, cuando no puede armonizarlos.

Ahora, en todos aquellos casos en los cuales el juez se vea compelido a crear una regla, si ésta no es arbitraria, sino construida conforme con los principios constitucionales y teniendo en cuenta los valores en que cree la comunidad, e incluso la humanidad, y, además, si se han respetado las reglas del discurso práctico, la determinación que vincula a las partes en un proceso no resultará arbitraria, ni generará inseguridad, pues impondrá las consecuencias que una persona razonable, puesta en las mismas condiciones, esperaría. Y, bajo tales presupuestos, la objeción de la inseguridad jurídica luce más bien como un

pretexto para atacar decisiones judiciales. Recuérdese que el juez no defiende una norma ni unos intereses, sino un sistema.

3.3 La objeción de la arbitrariedad

Si el juez puede construir normas, ¿significa que puede hacerlo a su arbitrio? El temor de quienes plantean esta objeción no es otro que el de encontrarse frente a una subversión del sistema, por parte de jueces supuestamente omniscientes, pero que obviamente no lo son, y que, entonces, estarían armados de un poder infinito e incontrolable.

La teoría kelseniana y sus continuadores de la actualidad entienden que el juez, en los supuestos en los que el enunciado no contiene la norma que soluciona el litigio de manera directa, tiene la potestad discrecional de escoger o de crear la norma del caso. El juez o el tribunal producen una “norma jurídica individual” con “fuerza retroactiva”²⁶. Pero Dworkin sostiene que no hay tal discrecionalidad, pues el juez ha de actuar guiado por los principios²⁷. Este trabajo, tras observar los casos en los cuales los más altos jueces de Colombia han creado normas, concluye que lo hacen no sólo guiados por principios, sino también por valores, directrices y precedentes, amén de otras especies que conforman el universo jurídico del momento.

Aunque no se descarta, como se vio, que se equivoquen en la labor, en general obedecen al sistema, es preciso enfatizar que la labor se cumple con pretensión de corrección²⁸ y que los errores son, sencillamente, parte de los riesgos que el sistema conlleva, pero en modo alguna se ha dado a los jueces una patente de corso para definir los conflictos como les parezca.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo. 15a edición. México: Porrúa, 2007, p. 254.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 5ª. Traducción de Martha Guastavino. Reimpresión. Barcelona, Ariel, 2002, 508 pp.

²⁸ ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 124 pp.

Tan importante encomendamiento no aparece a la deriva, al arbitrio del juzgador de turno. Aunque no puede desconocerse que cada juez se halla influenciado por su propio bagaje personal, familiar y profesional a la hora de tomar decisiones, el norte de sus atribuciones se lo da el sistema en el cual se enmarca su faena. De manera que tampoco se trata de una puerta abierta a la arbitrariedad, ni siquiera en el supuesto de que se aceptase el planteamiento kelseniano sobre el punto.

3.4 La objeción de la retroactividad de la norma

Si el juez tiene la potestad de crear la norma del caso, significa que, al menos a una de las partes en el litigio le aplicará una regla que tendrá carácter retroactivo, pues no se hallaba “*vigente*” para la época en la cual realizó la conducta por la que se le juzga. Tal es la objeción y es muy delicada, aunque tiene una respuesta similar a las anteriores, basada en el respeto al sistema. Quienes proponen esta objeción no se niegan a admitir que el juez crea derecho, de manera tajante, sino soslayada. Está bien que lo haga, pero solamente hacia el futuro.

Este planteamiento en realidad es una oposición pasiva a la tesis de que el juez crea derecho, pues los jueces no tienen oportunidad alguna de pronunciarse diferente de la que significa la resolución de los casos. No existe en la actualidad la posibilidad de instituir el *Edictum Perpetuum*, cuerpo de normas en el que Adriano²⁹ (117 a 138 d. C.) compiló el llamado *derecho edictal*, o *ius praetorium*³⁰, es decir, las reglas más importantes emanadas de los pretores en sus famosos *edictos*, en los cuales anunciaban las reglas que seguirían en los conflictos sometidos a su composición, muchas de ellas repetidas por los mismos pretores o por sus sucesores³¹, con lo cual se trató más que todo, de una recopilación en busca de definir un único cuerpo de normas edictales, hecho que dio al derecho pretoriano cierto cariz oficial con tinte de derecho impuesto hacia el futuro.

²⁹ PETIT, Eugène, Op. cit., p 38.

³⁰ También se le conoció como *ius honorarium*, por extensión, al comprender también los edictos de otros funcionarios como los magistrados, los cónsules, los censores y los tribunos.

³¹ Ningún pretor estaba vinculado por las reglas de sus antecesores, pero solían mantener muchas de tales disposiciones, al juzgarlas útiles para su función. Cfr. PETIT, Op. cit., p 45.

Hoy no es posible tal cosa, pues siempre el pronunciamiento del juez o de la Corte ha de ser sobre el caso; de modo que no hay alternativa, es en la regla del caso en que crea derecho, el cual se convierte, por fuerza del sistema y sin necesidad de que la Corte lo diga, en precedente, bajo las condiciones de cada sistema.

Así las cosas, si el juez se ve impelido a crear una norma para resolver un caso que discipline el asunto a juzgar, necesariamente habrá de aplicarla a hechos del pasado, lo cual, de entrada, alarma a los normativistas puros. No obstante, el ciudadano juzgado no puede llamarse a engaño ni a sorpresa, pues la regla creada por el juez en realidad responde a las exigencias del sistema, en los términos ya comentados.

No obstante, la objeción tiene sus aristas delicadas, no carentes de razón, ante las cuales el juez ha de estar atento, pues la potestad judicial de crear normas en modo alguno es infinita, ni se halla justificada siempre que aparezcan vacíos en las normas. Hay cotas que el sistema jurídico no le permite sobrepasar, como las atinentes a sanciones y, en general, a conductas reprochables³², o las que consagran políticas legislativas que no sean contrarias a los principios constitucionales, o señalan términos procesales, o formalidades negociales, por mencionar los más descollantes.

El juez no puede crear una norma para imponer una sanción que no está previamente contemplada en la ley, so pena de que el proceder resulte claramente violatorio del artículo 29 de la Constitución Política, pues las sanciones son restrictivas y sólo el legislador las puede crear. No obstante, ha sucedido, de pronto inadvertidamente, que uno de los litigantes resulta sancionado en casos en los que la ley no ha contemplado el castigo, lo cual ha de anotarse como errores del juzgador de turno, que es necesario detectar y corregir, tarea a la cual están

³² Ello explica porqué en el derecho penal el tema es poco menos que incomprensible. En ese campo, las posibilidades de creación judicial del derecho son escasas, salvo para hacer operativo el principio de favorabilidad.

llamadas, principalmente, las Altas Cortes, bien en la resolución de los recursos, bien en acciones de tutela.

En otros casos, la situación reviste menor gravedad pero es mucho más clara la traba que encontraría la creatividad judicial: así, no podría un juez decidir que a cierto negocio se aplicarían determinadas solemnidades (escritura pública, por ejemplo) cuando el legislador no la ha impuesto; en otro ejemplo, no puede el juez crear cargas procesales que no correspondan a las partes; ni es posible, tampoco, que pueda crear causales de nulidad, ni en lo adjetivo ni en lo sustancial.

3.5 La objeción contra la autonomía

Según esta objeción, la mera posibilidad de que el juez pueda crear normas viola el principio de la autonomía de que gozan todas las personas, por el hecho de serlo. Esta objeción ha sido ampliamente sustentada por Laporta³³, quien precisamente expone que el imperio de la ley es presupuesto ético indispensable para realizar el ideal de autonomía personal. Al final Laporta reconoce un estrecho margen en que “*el juez se ve forzado a crear derecho ex nihilo*” pero esta norma “*no puede ser contradictoria con alguna de las normas ya establecidas de antemano*”³⁴, lo cual limita la tarea del juez exclusivamente al descubrimiento de normas implícitas en el sistema.

Ante tal objeción es preciso observar, de una parte, que la autonomía personal de los ciudadanos no se verá menoscabada si, como atrás se señaló, el juez responde a las exigencias del sistema jurídico, de modo que ninguna persona estaría siendo sorprendida por una regla incoherente con los principios y valores que todo ciudadano reconoce como atendibles, aun cuando no haya norma. Pareciera hasta ahí no haber desacuerdo con el autor citado; sin embargo, lo hay, muy sutil, pues mientras el tratadista del imperio de la ley pregonaba que la norma

³³ LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid, Trotta, 2007, pp. 17 Y SS.

³⁴ Idem, p. 218.

creada por el juez ha de estar en consonancia con el sistema explícito, lo cual apunta hacia el sistema de normas escritas, consideramos que tal planteamiento haría que la labor fuese, prácticamente innecesaria, pues precisamente en los casos en los que el sistema escrito no ofrece solución son aquellos en los cuales es necesaria la intervención del juez con un ánimo muy creativo. El asunto no es que el juez sea limitado en su labor, pues ha quedado claro que tiene limitaciones, en todo caso, impuestas por el sistema. Ocurre, más bien, que el sistema también está compuesto por principios y valores, que no aparecen en el “*sistema explícito*” pero que sí forman parte del sistema jurídico. No puede olvidarse de que el juez tiene tareas que sobrepasan la simple función de atender las victorias de las mayorías parlamentarias, plasmadas en normas explícitas. Las minorías también cuentan, así como las personas en situación de especiales condiciones de vulnerabilidad.

En consecuencia, las leyes escritas garantizan la autonomía, sin duda; pero sólo un sistema judicial solvente (en conocimiento del sistema y en fuerza ética) garantiza plenamente la autonomía de todos los ciudadanos de la Nación, y no solamente de aquellos que, por pertenecer a una supuesta mayoría, o al grupo dominante, tuvieron la fortuna de que sus intereses fueran considerados por el legislador.

3.6 La falacia naturalista

Esta figura, desde que Hume la descubriera en el siglo XVIII, ha sido el arma letal del positivismo contra el iusnaturalismo. Aplicada al tema de discusión significaría, palabras más, palabras menos, que la función judicial se materializa en el acto de juzgar, es decir, de resolver cada conflicto en particular, no en la emisión de normas, que no es así como actúan los jueces. Ahora, como de un ser (el comportamiento, que es una proposición descriptiva) no es posible derivar un deber ser (la norma, que es una proposición prescriptiva), resulta también imposible deducir del comportamiento de los jueces una regla, cuando el sistema

normativo carece de regla sobre el problema a dirimir. En otras palabras, que si usualmente han juzgado ciertos casos similares de determinada manera, a falta de norma expresa, ello obliga a juzgar los casos venideros con la misma regla subyacente. En la práctica, ni sucede así, ni los casos suelen presentar aristas similares.

Según los partidarios del derecho natural, el juez tomaría la regla necesaria para resolver el caso, o bien de la naturaleza humana, por vía de racionalidad, o bien de las reglas eternas e inmanentes prodigadas por la divinidad. Pero de un acontecimiento repetido no puede deducirse una regla, como en el ejemplo del pollo de Russel³⁵, o en el de Kelsen, basado en el conocido aforismo según el cual el pez grande se come al chico. Ninguna seguridad puede haber en deducir una regla de esos comportamientos, pues sería tanto como deducir reglas de comportamientos reprochables, sólo porque son repetidos.

En verdad los jueces sólo enuncian normas puestas por el legislador en el sistema positivo. Si no hallan allí la norma, juzgan el caso sin construir explícitamente una, pues rara vez se ve en una sentencia que el juzgador componga una norma y señale que es la aplicable al caso. Por lo general, se limita a resolverlo. Pero no cabe duda de que la norma que el juez utilizó para dirimir el pleito puede deducirse de sus considerandos esenciales, y de la decisión misma; y, por supuesto, es posible hacer la valoración de si tal decisión es coherente o no con el sistema jurídico, no compuesto exclusivamente por normas. Desde luego que si no es coherente con el sistema, por vulnerar normas o principios de carácter superior, su vida jurídica será efímera. Pero si lo es, pasa a ser parte de ese mismo sistema, con su regla implícita, bajo la forma de un precedente que será aplicado en casos futuros, por nuevos jueces de su mismo rango, por él mismo, o por jueces de jerarquía inferior, todo con caracteres de vinculatoriedad.

³⁵ RUSSELL, Bertrand, *Los problemas de la filosofía*, Nueva Colección Labor, 1973. El gran matemático inglés propone el caso así: si granjero compra un pollo y lo alimenta todos los días, el animal cada vez que ve a su amo asociará con que le va a proveer el alimento. De la conducta se deduce una regla. Pero tal sólo será así hasta el día en que le tuerce el pescuezo para comérselo.

De modo que las normas subyacentes a los casos, constituyen derecho; incluso, desde el punto de vista del positivismo científico (que no del positivismo normativista) se trata de reglas puestas, pues es posible constatar su existencia, por medios experienciales, en los diversos casos en los que han operado. Desconocerlo sería tanto como desconocer la indudable complejidad de los seres humanos, su enorme diversidad, que hace que todo sistema compuesto exclusivamente de reglas escritas sea prácticamente inoperante. Así, la llamada falacia naturalista se diluye con el mismo sistema, pues si la norma deducida fuere contraria a él, tipo *el pez grande se come al chico*, sencillamente será inaplicable. Definitivamente, los seres humanos, destinatarios principales del Derecho, ni son pollos, ni son peces.

3.7 La falacia normativista

Como riposta, el iusnaturalismo enrostra al positivismo la *falacia normativista*, según la cual el Derecho está compuesto exclusivamente de normas, así la factura de las mismas se nutra de la moral, del conocimiento científico, de los distintos acontecimientos de la vida, pues todos estos datos pasan a ser derecho una vez el legislador les da reconocimiento en lenguaje prescriptivo.

No cabe duda de que una gran extensión de lo que es el Derecho está constituida por enunciados normativos. Desde ese punto de vista no es vano el legado de la Revolución Francesa, pues las normas garantizan la libertad, otorgan seguridad a los asociados, propician la autonomía de las personas.

Como dijera Kelsen “*la conducta de los hombres está regulada por normas y es a las normas que se someten los individuos*”³⁶. Pero el postulado del ilustre pensador de Praga no puede tomarse como regla absoluta, pues ello implicaría un

³⁶ KELSEN, Hans y COSSIO, Carlos. *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura*. Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1952, 161 pp.

desconocimiento de la extraordinaria diversidad del ser humano, de la amplia complejidad de sus conflictos y de la imposibilidad de que sistema normativo alguno pueda jamás abarcar todas las posibilidades de regulación.

Bajo tales condiciones, no puede dejarse de ver que el Derecho es un entramado de piezas en el que descuellan los enunciados normativos, es cierto, pero que también imperan principios y valores que una comunidad reconoce como propios, pues ha participado en su construcción durante décadas, e incluso durante siglos. Al tiempo, nuevas situaciones, nuevas necesidades impelen a esa misma comunidad a realizar una revisión continua de esos valores, principios y normas, para encontrar las más adecuadas respuestas a los conflictos humanos.

Capítulo IV

La constitucionalización del derecho de familia en Colombia

En este capítulo, obviamente por su brevedad se entenderá, no pretendemos agotar el tema que su denominación anuncia, pues ciertamente daría para un estudio mucho más extenso. Sólo queremos, para apuntalar mejor las ideas generales de la ponencia, hacer alusión a algunos aspectos del tema, más bien con la idea de entregar unas muestras que prueban nuestros asertos, pero de ninguna manera con el ánimo de hacer un estudio completo, mucho menos sistematizado y ordenado sobre el tema.

En todo caso, es claro que nuestras Cortes han venido trabajando en la elaboración de reglas, bien por vacíos, bien por insuficiencia, bien porque las normas preexistentes no son armónicas con todo el sistema jurídico nuestro. Se incluyen sentencias de tutela y de constitucionalidad. En esas muestras se nos ocurre destacar las siguientes, no sin advertir que se quedan muchas sin mencionar, incluso que alguien podría señalar, con razón como más importantes. Se trata, simplemente, de ejemplos:

4.1 En materia de unión marital de hecho, sociedad patrimonial y sociedad de hecho entre concubenarios

Desde la famosa sentencia de 12 de agosto de 1992³⁷, en que la Corte Constitucional sentó regla para el reconocimiento del aporte significativo del trabajo doméstico en la consecución de una fortuna familiar, en los casos de sociedad entre concubenarios, los temas atinentes a estos problemas no han cesado de avanzar. En la mentada sentencia el Alto Tribunal, contra la regla en

³⁷ T-494 -92, M.P. Ciro Angarita Barón.

sentido contrario que desde años atrás venía sosteniendo la Corte Suprema de Justicia, dijo lo siguiente:

“Es así como en tal expediente aparece que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Civil de Decisión- negó la existencia de la sociedad de hecho, aduciendo, entre otras razones, que:

A juicio de la Sala, no se reunieron los presupuestos específicos del contrato de sociedad, pues no se estableció que la señora ESTHER VARELA hubiera efectuado algún aporte para la constitución de la sociedad que pretende se reconozca. En efecto, ninguno de los declarantes indica cual fue el aporte de la demandante, todos se limitan a indicar que ésta colaboraba en las labores domésticas y que realizaba algunos oficios como lavar ropas y cuidar niños que le reportaban algún beneficio económico, pero no indican en que consistió el aporte a la sociedad, si fue en dinero y en qué cuantía, o en especie y qué bienes aportó. (Subrayado fuera de texto). (Folio 10. Anexo 1).

Como se desprende de lo anterior, el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio.

Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es "invisible" y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado.

Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso precisamente que, entidades oficiales tales como el DANE, se hallan hoy empeñadas en la tarea de corregir los índices tradicionales de progreso social y contabilizar dentro del PIB el valor producido por el trabajo doméstico y medir las jornadas reales de trabajo de las personas para ayudar a orientar el proceso de desarrollo hacia el bienestar colectivo, cerrando de alguna manera la brecha entre lo económico y lo social.

A nivel internacional, estudiosos serios del aporte de la mujer al desarrollo señalan con toda razón que las obligaciones tradicionales de la mujer con respecto a la familia y su trabajo no remunerado en el hogar con frecuencia

no se reconocen, pese a tratarse de actividades económicas que contribuyen al ingreso del hogar y por ende al ingreso nacional. Estas actividades que no llevan rótulo de precio en efectivo, no son consideradas una variante importante para el desarrollo y no se tienen en cuenta en el momento de la planificación económica”.

Este fue un primer paso, pero decisivo, en la transformación de las reglas atinentes al reconocimiento tanto de sociedad de hecho entre concubinarios, como de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que es la terminología de la Ley 54 de 1990. No era que el sentenciador, a quien la Corte critica, “creyera”; no, esa era la regla, decantada en numerosas providencias de la Corte Suprema de Justicia que precisamente había concluido que el simple papel de ama de casa no implicaba aporte alguno a la sociedad de hecho entre concubinarios. Pero una visión constitucional del problema marcó una nueva normativa para siempre.

Poco antes de la nueva constitución, con la promulgación de la Ley 54 de 1990, el legislador colombiano reconoció el fenómeno social que se había hecho común en las relaciones familiares en Colombia, el concubinato, al que llamó unión marital de hecho, y del cual reguló sus efectos patrimoniales. Poco después, la Constitución de 1991, artículo 42, vino a dar al matrimonio de hecho posibilidad de surgir en nuestro ordenamiento como una figura jurídica, con sus características propias, al punto de que, como la Corte Suprema lo ha reconocido, si bien se trata de una figura de hecho y no de una creada al amparo de un negocio jurídico ni cosa parecida³⁸, es un hecho jurídico que da nacimiento a un estado civil, auto de junio 18 de 2008, conclusión que se halla acompañada con el artículo 2 del Decreto 1260 de 1970.

Con fundamento en las normas constitucionales y legales citadas, la figura ha evolucionado en nuestro derecho, de manera acelerada en los últimos años. En

³⁸ “La unión marital no tiene vida, vale decir, no nace, sino en cuanto que se exprese a través de los hechos, reveladores de suyo de la intención genuina de mantenerse juntos los compañeros ... la unión marital es fruto de los actos conscientes y reflexivos, constantes y prolongados: es como la confirmación diaria de la actitud. Es un hecho, que no un acuerdo, jurídico familiar.” Corte Suprema de Justicia. Sentencia de septiembre 10 de 2003. M. P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

especial en los pronunciamientos de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema.

No obstante que, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corte Constitucional³⁹, ni la ley ni la Carta Política han equiparado el matrimonio y la unión marital de hecho, a pesar de las obvias coincidencias entre las dos figuras, como la exigencia de la heterosexualidad, la posibilidad de formar una familia, la protección que merece del Estado, sus derechos fundamentales como grupo de personas, etc., aspectos todos derivados del artículo 42 de la Constitución Política, la cercanía es innegable y cada vez se asemejan más, en cuanto a efectos jurídicos de alcance personal, especialmente. Incluso la ley 54 presume la “ayuda y socorro mutuos”, aunque no los señala como deberes sino como fuente del patrimonio común de los compañeros (artículo 3).

Sin duda alguna que el proceso de transformación de la figura que en la jurisprudencia patria se evidencia, no es otra cosa que consecuencia de una nueva mirada sobre el fenómeno y las pocas reglas que lo disciplinan, a la luz, ahora, de los principios constitucionales. En efecto, tópicos como los siguientes, que citamos por vía de ejemplo, muestran cómo se han sentado unas reglas, para luego recogerlas y sentar otras más cercanas de los principios superiores. Inicialmente, no se le reconocía el carácter de hecho generador de un estado civil, hoy ya se le reconoce (Corte Suprema de Justicia, auto de junio 18 de 2008); al comienzo se planteó una rigidez en torno de los efectos irretroactivos de la norma, hoy se reconoce su retrospectividad (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de octubre de 2005); hogaño se indicó que si uno de los compañeros tenía una sociedad conyugal anterior, para la formación de la sociedad patrimonial entre los compañeros era preciso que estuviese disuelta y liquidada aquélla, luego se admitió que era suficiente con que estuviese disuelta (Corte Suprema de Justicia, sentencia de septiembre 10 de 2003); años atrás la Corte Constitucional se negó a

³⁹Sentencia C-174 de abril 29 de 1996.

extender sus efectos a las parejas del mismo sexo (sentencia C-098 de 1996), hoy lo admitió sin ambages; en sentencia T-349 de 2006, la Corte Constitucional había negado la posibilidad de sustitución pensional respecto de compañeros permanentes del mismo sexo, hoy tal posibilidad no tiene reparo jurídico alguno. Son numerosas las sentencias que indican avances en este tema, pero entre ellas, en aras de brevedad, referenciamos estas otras: C-1033 de 2002, C-016 de 2004 y C-875 de 2005. La sentencia C-577 de 2011, por ahora cierra el ciclo de providencias sobre el tema de los derechos de las parejas del mismo sexo; habrá otras en el futuro, necesariamente, sea que el Congreso atienda o no el exhorto librado por la Corte Constitucional.

4.2 En cuestiones alimentarias

Las sentencias C-92 de 2002 y T-915 de 2008 han marcado un hito en estos temas para el derecho colombiano, en tanto han situado los derechos alimentarios a favor de menores en situación de privilegio, incluso sobre los créditos de primera clase. Si bien es cierto que en la sentencia de constitucionalidad actuó la Corte en su condición de legislador negativo, lo cierto es que no paró su labor en la simple declaratoria de inexequibilidad, sino que pasó a señalar la norma que en lugar de la invalidada regularía la situación particular: los créditos serían privilegiados.

Para preservar el derecho a la igualdad, la sentencia C-875 de 2003, determinó que la regla del artículo 422 del Código Civil fuese aplicada a hombres y mujeres, no obstante ser una norma restrictiva de derechos.

Así mismo, en asuntos alimentarios, cuenta el derecho colombiano con las sentencias C-1033 de 27 de noviembre de 2002, en que la Corte Constitucional determinó, mediante una sentencia integradora, la exequibilidad del numeral 1 del artículo 411 del Código Civil, bajo el entendido de que esa norma es aplicable también a los compañeros permanentes.

Y la sentencia C-029 de 2009, respecto de la misma norma, declaró exequibilidad bajo la condición de que en la palabra “cónyuge” se entendieran incluidos los integrantes de las parejas del mismo sexo, que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990.

4.3 En el régimen matrimonial

En este campo son muchas también las sentencias que han variado nuestro derecho, no sólo por declaración de inexecuibilidad, sino también mediante creación de reglas, algunas de las cuales han sido luego recogidas por el legislador, en normas de su cosecha. Así pasó, por ejemplo, con la edad para contraer matrimonio. El artículo 116 del Código Civil indicaba que las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio; el 117, que los menores de esa edad necesitan permiso escrito de los padres, pero el artículo 124 señala como sanción para el menor, solamente la del desheredamiento potestativo para el ascendiente, luego el matrimonio es válido; luego el artículo 140, numeral 2, indicaba que el matrimonio es nulo si los contrayentes tienen menos de catorce años el varón y menos de doce la mujer, pero la Corte Constitucional en la sentencia C-507 de 2004, sentencia integradora, sin duda, eliminó la diferenciación que consagraba la norma que indicaba “varón menor de catorce” y “mujer menor de doce” e igualó las edades para contraer matrimonio en 14 años. Esta norma, creada por la Corte Constitucional, fue luego consagrada en el parágrafo único del artículo 53 de la Ley 1306 de 2009.

Todo el régimen de causales de nulidad sufrió transformación gracias a la Constitución Política de 1991, de acuerdo con las sentencias C-82 de 1999, C-533 de 2000, C-7 de 2001, C-271 de 2003, C-478 de 2003, C-482 de 2003, C-507 de 2004 y C-08 de 2010.

En el listado de causas de divorcio, la Corte Constitucional modificó mediante sentencias de constitucionalidad las causales primera y sexta. La primera, por

cuanto el cónyuge tiene derecho a pedir el divorcio a pesar de haber consentido, facilitado o perdonado las relaciones sexuales extramatrimoniales (sentencia C-660 de 2000, que es sentencia integradora anulativa); y la sexta, porque, a pesar de que se mantiene la causal, el cónyuge sano tiene la carga de proveer alimentos al otro, para “*subsistir autónoma y dignamente*” (sentencia C-246 de 2002, que es también integradora, pero de la categoría moduladora).

Asimismo, por razones constitucionales, la posibilidad de saneamiento de las causales de divorcio fueron notablemente modificadas mediante la sentencia C-985 de 2010, en lo que se refiere a la caducidad, que en parte suprimió y en parte mantuvo, pero solamente respecto de “causales subjetivas”.

4.4 Parentesco

En este tema, la intervención de la Corte Constitucional ha sido muy notable. Y vale destacar la tarea, no sólo por la transformación del lenguaje jurídico que ha significado para el derecho colombiano, sino por la transformación de los conceptos y del pensamiento de los juristas, puesto a tono con la Constitución Política de 1991.

Muchas sentencias habría por citar en este punto, pero, a manera de ejemplo y con el propósito anunciado de hacer un muestreo simplemente para comprobar los asertos de este ensayo, hacemos referencia a las sentencias C-105 de 1994, C-595 de 1996, C-1026 de 2004, C-145 de 2010 y T-1045 de 2010.

Capítulo V

La legitimidad de la creación judicial del derecho

No cabe duda de que una conclusión contundente de las reflexiones que ofrecemos en este ensayo es la de haber puesto en evidencia que el sistema jurídico colombiano fue transformado mucho más de lo que hasta ahora reconocen los tribunales. La Constitución Política de 1991 no se trató de un amplio retoque al sistema, sino de una reforma de tal alcance que el panorama de las fuentes del derecho ha trascendido los antiguos cánones y hoy, entre una multiplicidad de fuentes, se destacan las normas de creación judicial, elaboradas para resolver cada caso, pero transformadas en normas generales una vez se reconoce la fuerza vinculante del precedente.

No necesariamente es la fuente preponderante, pues el propio sistema jurídico impone al juez trascendentes limitaciones, las más importantes de las cuales tienen que ver con el Derecho legislado, cuyo desconocimiento no es imposible pero necesariamente ha de ser excepcional.

Llegado el trabajo a este punto, una vez ha quedado claro que en la historia del Derecho continental, particularmente en el colombiano, la creación judicial del Derecho ha sido constante, es preciso valorar la legitimidad de la señalada tarea en el sistema jurídico colombiano actual. La pregunta capital es ***¿El juez, en desarrollo de su labor dirimente de los conflictos de derecho de familia, está legitimado para construir normas generales que le permitan resolver el caso particular o sólo lo está para aplicar las normas preexistentes?***

La respuesta positiva a esta pregunta no se hace esperar, dada la enorme diversidad de los conflictos humanos que el juez debe abordar, no sólo en acciones de tutela y en conflictos de derecho de familia, sino en todos los procesos. Pero la falta de completitud del sistema de normas escritas por el

órgano legislativo no parece ser justificante suficiente, por sí sola, para que el juez se legitime en la tarea estudiada.

La potestad del juez de crear derecho, más allá de los contornos trazados por el legislador, encuentra fundamento en que sólo así es posible que el juez cumpla sus deberes de participación en la consecución de los fines del Estado, en todos los ámbitos del derecho, no sólo en los constitucionales.

Sólo de esa manera es posible que los principios constitucionales irradian, de modo práctico y para casos concretos, la fuerza de la Constitución Política hacia el área de los conflictos de derecho privado, o laboral, o de familia, o administrativos, y en menor medida, penales, pues igual habrá de suceder con todas las demás áreas de la legislación vernácula, aunque en cada una de ellas pueda haber matices diferentes, pues obviamente asuntos como los de derecho penal limitan con un alto grado esta función judicial.

En consecuencia, la función creadora del derecho en cabeza del juez tiene plena legitimidad en nuestro sistema jurídico, a la luz de los principios y valores constitucionales que el juez no puede desatender, como encargado de dirimir los conflictos en nombre del Estado.

Es claro, también, que ha quedado muy lejano el planteamiento decimonónico según el cual el código contiene todo el derecho, no obstante los esfuerzos de algunos teóricos de la actualidad que afirman aun que Montesquieu se hallaba en lo cierto cuando definía la función del juez como la de ser la *bouche de la loi*. El principio de completitud de la ley escrita es, definitivamente, una falacia, pues como lo señalara el mismo Portalis, con otras expresiones, es imposible encuadrar en una norma toda la inmensa complejidad humana.

En efecto, Jean Etienne Marie Portalis, figura descollante en la construcción del Código Napoleónico, encargado como fue, de la presentación del proyecto, sin

embargo, jamás defendió la completitud del código, lo cual bien se refleja en sus palabras del Discurso preliminar al Código Civil, en el que escribió:

“La interpretación por vía de doctrina consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, en aplicarlas con discernimiento y suplirlas en los casos que no han regulado. Sin esta clase de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir con el oficio de juez?

...

Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, hay que profundizar en sus disposiciones. Si se carece de ley, hay que consultar la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, en silencio, contradicción u oscuridad de las leyes positivas.

Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería renovar entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos. Pues cuando el legislador interviene para pronunciarse sobre asuntos nacidos y vivamente debatidos entre particulares, no está más al abrigo de sorpresas que los tribunales. Debe temerse menos a la arbitrariedad reglada, tímida y circunspecta de un magistrado que puede ser enmendado, y que está sujeto a la acción por prevaricación, que a la arbitrariedad absoluta de un poder independiente que no es nunca responsable.”

Pero no era Portalis el único que tenía sus reservas frente al supuesto de la completitud del código. Aunque en el siglo XIX se pregonaba, en general la completitud del Code, en la práctica, jueces, profesores y tratadistas, en sus explicaciones y motivaciones, unos y otros no cesaban de citar los textos romanos para apoyarse, así como a los *padres* del Code, Pothier, Dumoulin y Domat, de quienes hay que señalar, eran consumados romanistas que ya no vivían para cuando el Code fue promulgado. Con ellos, la influencia del derecho romano no cesó ni siquiera en pleno apogeo de la tesis rígida de la completitud del código, y así, por la vía de la interpretación de las normas a la luz de los romanistas, fácilmente se mantuvo, aunque un tanto de soslayo, la creación de normas por

parte del juez, quien obraba escudado en la necesidad de entender el espíritu del legislador.

Ahora, algunos autores han morigerado el principio para establecer, en realidad, uno diferente: el principio de completitud del derecho. Este enunciado que se predica en la posmodernidad, a su vez, implica la posibilidad del juez creador de normas, mientras el primero la excluye expresamente. El derecho no tiene vacíos porque hay jueces. Pero, si miramos el problema desde el punto de vista del juez el derecho es siempre incompleto, pues este funcionario ha de adiestrarse en el reconocimiento de los vacíos, de las incoherencias y de las impropiedades de la ley y en los procedimientos para encontrar las soluciones normativas adecuadas ante la falla de la norma escrita. Es decir, no se trata de afirmar gratuitamente que como el código puede tener tales fallas que cuando las tiene el juez puede construir una norma a su arbitrio. En absoluto, el paso necesariamente ha de estar plenamente justificado.

Ahora, vale la pena aclarar que no es éste un trabajo de *lege ferenda*, aunque no se descarta que el legislador o el constituyente, en el futuro, se pronuncien sobre el tema, dado que su legitimidad es cada vez más notoria, y la necesidad más apremiante. Se trata, más bien, de proponer que se haga transparente lo que ya se viene haciendo y, al tiempo, dar a la tarea la mayor razonabilidad posible.

Si el legislador fuese consciente de la potestad que tiene el juez de crear normas con carácter vinculante, ya habría definido los presupuestos de una labor así. Mientras sucede tal cosa, los propios jueces han de explicitar las razones que le llevan a ese punto y, bajo el principio de transparencia, las reglas empleadas para construir el enunciado normativo del caso. De esa manera, su tarea no se mostrará como arbitraria, si tiene apoyo en valores o en principios constitucionales, o en otra suerte de fundamento legítimo.

Ahora, como el juez sólo se pronuncia frente a pleitos concretos y, además, está obligado a hacerlo aun cuando no haya norma aplicable al caso, ha de estar

entrenado para detectar ese tipo de conflictos en los cuales el sistema le autoriza a ser creativo. Con certeza, cuando se halle ante tal situación, los alegatos de las partes, o el de una de ellas, al menos, le señalarán que hay una solución reglada en el sistema; quizá en la mayoría de los casos así sea, pero en algunos no es así, con lo que el caso se tornará en uno difícil, en tanto el juez se verá en la obligación de escoger alguna de estas posibilidades: o aplicar una norma que ofrece seguridad jurídica, pero no justicia; o elegir entre varias soluciones la que le parezca más plausible, conforme con sus cánones personales; o identificar la regla que se halle en armonía con la integralidad del sistema, así, formalmente parezca estar fuera de él.

Es preciso, entonces, que el Estado garantice que los jueces tienen en su haber los métodos y las habilidades para identificar fenómenos tales como los vacíos legales, las lagunas normativas técnicas, las lagunas normativas axiológicas, la desuetud de la norma, las incoherencias, las inadvertencias o faltas de completitud en sentido estricto, las impropiedades, las contradicciones, las ambigüedades, las indeterminaciones, la absurdez, las polisemias, los errores (conceptuales, remisorios, de omisión, por repetición inútil, por imprevisión de consecuencias, etc.) pero, también, eventos más problemáticos, como las antinomias aparentemente insolubles y la completitud aparente de la norma.

Sería ideal pasar a investigar el listado de hipótesis en las cuales el juez se podría encontrar con problemas serios en las normas, reveladores de falta de completitud del sistema normativo, pero tal propósito rebasa con creces los objetivos que con este trabajo fueron previstos, por lo que, simplemente se mencionan, a guisa de ejemplos o de inquietudes, que otros trabajos podrían ayudar a reflexionar más adelante.

Otro tanto cabe decir respecto de los probables métodos, reglas de racionalidad y técnicas en la construcción de las normas generales que resuelven el caso concreto, en los casos en los que las normas estatuidas no lo hacen.

Investigaciones complementarias habrán de abordar tales eventualidades, también puestas más allá del espacio propuesto para este trabajo.

Se trata, sin duda, de un aspecto nuclear del Derecho, capital en el desarrollo del mismo, para el cual este trabajo brinda apenas la inquietud y señala unos mínimos elementos de utilidad del tema, pero no lo desarrolla. Detectadas las hipótesis en las cuales el juez estaría enfrentado a las vicisitudes del Derecho por incompletitud del sistema normativo, corresponde, en primer lugar, definir si el propio sistema ofrece reglas para encontrar la solución (del tipo *ley especial*, *ley posterior*, *norma superior*, etc.), si tal mecanismo resulta satisfactorio o no, o si, definitivamente el sistema no ofrece solución.

Por ese camino, se trata de descubrir en qué eventos el juez se halla legitimado para construir la regla que dirima el caso. Superado ese punto, corresponderá ahora detectar el cómo lo hace (métodos y técnicas), para lo cual no puede creerse que, como ha sido un tema ignorado por las normas estatuidas en nuestro sistema, pueda el juez hacerlo arbitrariamente. Por supuesto que hay casos en que tal cosa ha sucedido, pero, no se llama a discusión, ha de evitarse.

Se trata, más bien, de descubrir los valores y principios que orientan esa labor, se trata también de aprender a descubrir normas adscritas o implícitas, así como también de jerarquizar enunciados normativos, pues la regla resultante ha de ser coherente con el ordenamiento y obsecuente con las reglas que le sean superiores.

Dicha tarea, provisionalmente este trabajo enuncia, habrá de estar informada por principios que puedan señalarse como posibles orientadores de la misma, tales como: el de transparencia (el juez ha de obrar con claridad y precisión, sin ocultar en modo alguno que ha creado una norma, pero la justificación apropiada), el de coherencia (la norma creada por el juez ha de entrar en armonía con el sistema jurídico), el de jerarquía (principios, valores y normas no son una conjunto de

enunciados puestos de cualquier manera en el sistema; éste tiene un orden jerárquico que el juez no puede ignorar y en el cual ha de encajar la norma que eventualmente deba crear), el de pertinencia (la norma creada por el juez sea concerniente al caso), el discursivo (que el resultado determinado por el juez se halle argumentado de manera apropiada, que lo haga sostenible ante la comunidad de juristas que comparten el sistema), el de equilibrio (que la tarea del juez constituya un aporte a un orden justo), el de implicancia (que la solución adoptada por el juez en un caso concreto no sólo sea teóricamente compatible con el sistema, sino también en sus consecuencias prácticas) y otros que nuevos trabajos de investigación habrán de escudriñar. Por ahora, creemos que es suficiente lo apuntado para afirmar que el juez sí crea derecho y que sí se halla legitimado para hacerlo y, lo que es más importante, tal vez, que está obligada a hacerlo en los casos en los que el sistema jurídico se lo exige.